

法律版

1. 法理学·法制史·宪法·司法制度和法律
职业道德 焦洪昌 淳于闻/著

2. 刑法(附光盘) 阮齐林/著

3. 刑事诉讼法(附光盘) 刘玫 卫跃宁/著

4. 行政法与行政诉讼法(附光盘) 张树义/著

5. 民法(附光盘) 李仁玉/著

6. 民事诉讼法与仲裁制度(附光盘) 杨秀清/著

7. 商法·经济法·知识产权法(附光盘) 张海峡/著

8. 国际法·国际私法·国际经济法

杜新丽 朱子勤/著

司法考试名师讲义

行政法与行政诉讼法

2009全新版

法律考试中心/组编

张树义/著

牵手名师 成功司考



法律出版社

D922.1/25D

:2009

2008

司法考试名师讲义

行政法与行政诉讼法

(2009 全新版)

法律考试中心/组编

张树义/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/法律考试中心组编. —北京:法律出版社, 2008. 12

(2009 年司法考试名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9069 - 3

I. 行… II. 法… III. ①行政法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料②行政诉讼法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 190003 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13 字数/266 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9069 - 3

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读。

简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。

提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对最近6年司法考试考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

四、实例演练。

每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

导读:复习方法与应试技巧	(1)
第一讲 行政法概述	(4)
一、行政法的基本概念	(5)
二、行政法的基本原则	(6)
第二讲 行政主体	(12)
一、行政主体概述	(14)
二、行政机关	(17)
三、法定授权组织	(22)
四、公务员	(24)
第三讲 行政行为	(33)
一、行政行为概述	(34)
二、具体行政行为	(37)
三、抽象行政行为	(40)
四、行政合同	(46)
五、行政强制执行	(48)
六、政府信息公开制度	(51)
第四讲 行政许可	(55)
一、行政许可概述	(56)
二、行政许可的设定	(57)
三、行政许可的实施	(58)
四、听证程序	(59)
五、行政许可的撤回、变更、撤销、注销	(60)
六、行政许可的费用	(61)
第五讲 行政处罚	(62)
一、行政处罚的原则	(63)
二、行政处罚的种类	(64)
三、行政处罚的设定权	(66)
四、行政处罚的实施主体	(67)
五、行政处罚的管辖	(69)

六、行政处罚的适用	(70)
七、行政处罚的程序	(73)
八、行政处罚执行程序	(77)
九、治安管理处罚	(79)
第六讲 行政复议法	(80)
一、行政复议范围	(81)
二、行政复议被申请人的确定	(82)
三、行政复议的管辖	(82)
四、行政复议申请与受理	(85)
五、行政复议决定程序	(87)
六、行政复议决定	(89)
第七讲 行政诉讼的受案范围	(92)
一、受案范围概述	(93)
二、不予受理的案件	(95)
三、受理的案件	(101)
第八讲 行政诉讼的管辖	(105)
一、级别管辖	(106)
二、地域管辖	(107)
三、管辖权异议	(110)
第九讲 行政诉讼参加人	(112)
一、行政诉讼的原告	(113)
二、被告的确认	(118)
三、行政诉讼第三人	(121)
第十讲 行政诉讼程序及特殊规则	(123)
一、起诉和受理	(124)
二、第二审程序	(127)
三、行政诉讼特殊规则	(129)
第十一讲 行政案件的裁判与执行	(149)
一、行政诉讼的判决种类与适用条件	(150)
二、行政诉讼的执行	(156)
三、非诉行政案件的执行	(157)
第十二讲 国家赔偿	(160)
一、国家赔偿责任	(162)
二、国家赔偿范围	(165)
三、行政赔偿的范围	(168)
四、刑事赔偿的范围	(171)
五、国家不予赔偿的情形	(172)

六、国家赔偿主体	(176)
七、国家赔偿程序	(184)
八、国家赔偿方式与计算标准	(190)

导读:复习方法与应试技巧

在司法考试中,行政法与行政诉讼法属于比较难掌握的,原因可能是我们对其的陌生:一是很少接触,对行政活动陌生;二是作为一种公共活动,其运行逻辑与公民的日常生活有别,难以理解。惟其陌生难解,解答相关问题时,往往不得要领。这就需要考生,首先多增加对行政活动的感性认识,在此基础上,转换为从私到公的思维逻辑,对行政法有一个理性把握。教材所要做的就是帮助考生实现这种转换逻辑、理性把握。

从总体上说,行政法与行政诉讼法部分大致可以分为六个部分:行政法基本理论、行政主体、行政行为、行政复议、行政诉讼与国家赔偿。

行政法基本理论是实现思维逻辑转换的基础,同时,随着近年司法考试中论述题的“登场”,行政法的基本原理成为考查的重点。行政法的基本原理的理解首先应从一个“公”字入手,公共活动不同于私人活动,区别主要在于“权力”二字。公共权力与私人权利运行规则不同,对于公民来说,“法无禁止即自由”,而对于公共权力运行,则是“无法律即无行政”,所以依法行政成为行政法的基本原则。在此原则下,合法行政、合理行政成为必然要求。而从政治活动的哲学基础讲,诚实信用或信赖保护、权责统一便成为其存立基础。重要的是,考生要从这些行政法的基本原则角度“体悟”行政法的基本原理。

与民事活动有所不同的是,行政活动是由一个庞大的组织系统在从事,面对如此复杂的组织系统,经常产生的问题无非两个方面,一是对内的管理,二是对外的行使权力。由于中国行政权的强大,司法权的弱小,对内的管理显得很重要,包括行政处分、行政盗窃等都属于这个范畴。但法律应当更多关注的是对外的运用权力。行政法学提出行政主体这一概念,以解释众多组织机构从事活动这一现象。对于考生来说,重要的是先要对政府机构和公务员有所了解,然后运用行政主体理论进行分析。

复杂的机构也就必然产生复杂的行为。行政行为部分的内容很多,但就司法考试而言,所需掌握的东西并不是很多,大多集中于立法法、行政处罚法和行政许可法这三个单行法律之中。作为一种有效的方法,行政行为部分的把握应当结合行政诉讼与行政复议这两项制度,凡是与行政诉讼和行政复议有关的都是重点所在。

行政复议与行政诉讼历来是司法考试中的重点,在历年司法考试中所占分值比例中具有绝对优势。因为司法职业每天所面对的就是诉讼案件,只不过对这两部分的内容,建议考生以行政诉讼为主,以行政复议为辅。因为行政复议与行政诉讼的许多内容基本相同,在解决行政纠纷上也是前后衔接的程序。因此,可以在了解行政诉讼的基础上,顺带将行政复议的相关内容作个比较,把握行政复议的特殊性即可。当然,国家赔偿部分也是非常重要的。对于公民来说,其提起行政诉讼的目的除了免受被诉行政行

为的约束外,可能还会涉及国家赔偿。诸如国家赔偿构成要件、赔偿范围以及赔偿方式与计算标准等,也是经常涉及的内容。

上述概括在司法考试中得到了证明。行政法与行政诉讼部分的把握,需要在宏观上对该部分在历年考试中所处的位置有所了解,其中也包括对各部分在历年考试中所占分值比例有所把握。因为它们大体上反映了司法考试的特点,考试的重点、考点、难点和疑点所在。基于此目的,我们将历年考试中行政法与行政诉讼法所占分值比例汇总如下:

历年试题分值表

年 份	行政法基础理论	行政许可法	行政处罚法	行政复议法	国家赔偿法	行政诉讼法	总计
2008	7	2	2	7	5	34	57
2007	28	2	5	2	5	21	63
2006	40	3	1	1	5	15	65
2005	6	6	2	4	2	28	48
2004	4	4	6	2	7	16	39
2003	35	0	2	3	4	19	63

(因为有些题目涉及两个以上部分,所以各部分分值有重叠)

注:2008年司法考试中,《政府信息公开条例》考3分;2007年司法考试中,《行政监察法》考2分;2006年司法考试中,《政府采购法》考2分,《行政监察法》考2分,《重大动物疫情应急条例》考2分,《信访条例》考2分,《治安管理处罚法》考2分;2005年司法考试中,《政府采购法》考2分;2004年司法考试中,《突发公共卫生应急条例》考1分。

上面的概括并非十分精确,归纳的标准也因人而异,但大致反映了行政法与行政诉讼法在考试中的基本概况。分析此表所反映的特点:

一是行政诉讼法、行政复议法和国家赔偿法这三大法在历年考试中所占分值奇高,这大概与司法考试偏重于实务有关,当然与此相关的是三大制定法的存在。这相应也就指示考生应当以这三大法为主。

二是三大法中行政诉讼法又占绝对高的比值:2008年的57分中有34分,占59%强。行政法与行政诉讼法在司法考试中所涉及的单行法律有:立法法、行政处罚法、行政诉讼法、行政复议法和国家赔偿法,不论其他方面,众多所涉法律中,行政诉讼法一枝独秀。这大概是因为司法考试以案例分析为主,不论单项选择题、多项选择题、任意选择题,还是案例分析题,大多是以实际案例引发问题,行政诉讼法所占分值比例高也就不足为奇了。因此,行政诉讼法可以说是司法考试中的“重中之重”。

三是综合题型开始逐年提高,即所考查的是综合性知识,有些题目已不仅仅限于单

个部门的考查,行政诉讼、行政复议、国家赔偿等内容在同一道题中出现的情况增多,这从我们对历年考试各部分分值统计中的重复计算即可看出。说实在的,有些题真不知道应该算作哪一部门。如果我们放宽视野,这一特点在其他部门法中也是如此,甚至在整个司法考试中亦然。针对这一特点,要求考生在复习时,应当融会贯通,在各部门知识掌握的基础上做一些综合性训练,增强综合分析的能力。在司法考试的复习中,考生往往只是重视知识点的把握,这很容易导致所学知识难以形成一个整体,而是被我们通常所说的知识点所切割。就一般性的知识把握来说,只有当我们找出各知识点之间的逻辑联系,将所学的知识融会贯通,才算真正掌握了这门学科。

四是司法考试虽然偏重于实务,但并非不重视理论,只不过它所需要的不是那种教条式的空洞化的理论,而是建立在对法律条文的理性思考基础上的理论,是法条背后的理论。近年论述题中所涉及的行政合法性原则、信赖保护原则表明加强了对行政法和行政诉讼法理论的考查。如行政法的案例分析,对此题的回答需要涉及行政法上的公共职责、“反射性利益”等问题,属于行政法学研究的前沿问题,具有相当的难度。

五是对近一年来新颁法律法规的情况要予以特别注意。特别是新法与旧法规定不同的地方,最易成为考查热点。2008 年对《政府信息公开条例》、《行政机关公务员处分条例》的考查、2007 年对《行政复议实施条例》的考查、2006 年对《公务员法》与《治安管理处罚法》的考查即体现了这一点。

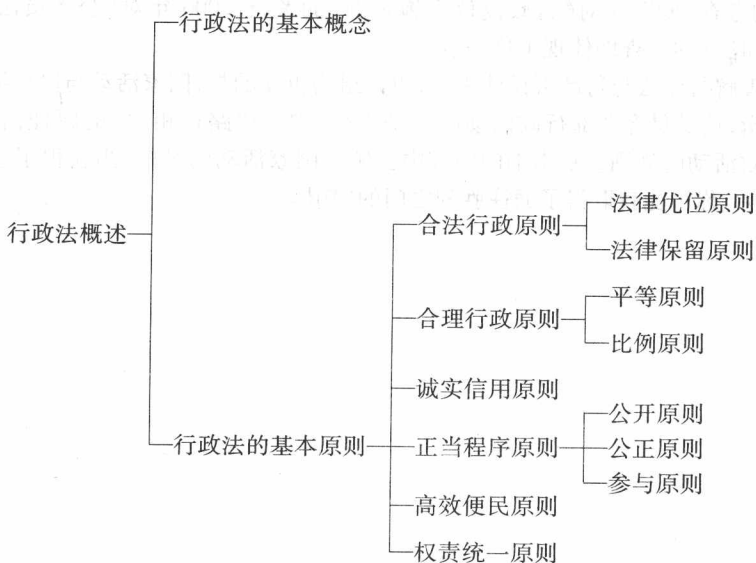
对于理解行政法与行政诉讼法来说,也许最为重要的是,国家活动与民事活动有着不同的逻辑,这是贯穿全部行政活动的一条主线。按照“路径相关”的原理,它潜在地支配着行政活动的规则。从本书的内容中去领悟国家活动的逻辑,当获得了这样一种“悟性”之后,你可能就取得了通往胜利之门的“钥匙”。

第一讲 行政法概述

内容提要

行政法概述一章主要解决的是行政法入门必须掌握的基本原理。行政法基本原理无非围绕三个问题：一是什么是行政法；二是为什么要行政法；三是行政法的基本原理。通常，行政法的基本原理在司法考试中并不重要，它只对理解行政法的内容不可缺少。但近年司法考试的论述题等主观性题出现并逐年增多，论述题主要考查考生对基本原理的把握。因此，此部分内容需要考生注意。

【体系表】



一、行政法的基本概念

[考查频率] ☆(2003年,案例题)

要理解行政法,先要对其调整的对象——行政有所把握。行政与管理同义,但行政法上所说的行政不是一般意义上的行政,是指公共行政,即国家行政机关对公共事务的组织与管理。不同于企业、事业单位群众团体对其内部事务的组织与管理,公共行政首先是由行政机关实施,国家设立行政机关即是为履行行政职能。但公共行政并不限于行政机关的活动,行政机关委托的组织,以及法律法规授权的组织实施的活动也可能是公共行政。理解公共行政最重要的是其内容,凡涉及公共权力、公共职责、公共服务性质的活动都属于公共行政的范畴。例如,首届司法考试的案例分析题,即湖南叙浦县医院开通急救电话,县电话局长期未予以安装,由此引发纠纷。该案件即因为急救电话所涉及的是公共职责的履行,不同于私人住宅电话的安装,故而作为行政案件,提起行政诉讼。

公共行政何以与行政法产生联系,或者换言之,行政法何以存在呢?行政法存在是由公共行政的性质决定的。行政活动的性质是行政机关国家权力对社会公共事务进行组织与管理的活动。而权力是一种可以强制他人服从的力量。强制他人服从,一方面是由行政机关所履行的职能所决定,没有权力就无法有效履行维持秩序的职能;但其另一方面则是可能对被管理者的权益造成损害。正是因为行政权力的这种双重性决定,必须对行政权力的行使加以法律控制。人类历史以及我们自己的生活经验告诉我们,“绝对的权力,绝对的腐败”。因此,运用行政法控制行政权力的运用就是行政法的使命所在。

通过上述分析,我们可以大致了解何为行政法。所谓行政法,就是规范行政权力的组织、行使权力的活动,以及对行使权力的后果进行补救的法律。调整行政权力的组织构成行政组织法,而规范行使权力的活动则称为行政行为,至于行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法,则是当行政权力的运用损害他人权益后,公民可循此途径获得法律上的补救。

[难点辨析] ◆究竟以何为标准区别行政法与其他部门法。行政法是规范、控制行政权的法,因此行政法以行政权力为其规范核心,所有关于行政权行使的规范都属于行政法。行政组织区别于其他社会组织在于享有国家行政权力,行政行为区别于其他社会活动在于运用强制他人的权力,行政复议与行政诉讼也是以行政权力的运用为管辖对象。

◆判断标准有时也要考虑公共性。行政权力是行政活动的内核,有时隐而不现。此时应当从“公共性”角度考虑:公共职责、公共利益、公共服务等。凡是有关公共性的活动都属于行政法规范与调整。

[特别提示] 行政是整个行政法及行政诉讼法的基础,只有对行政的全面认识,才能使考生在庞杂的行政法中不致迷失。

二、行政法的基本原则

行政法的基本原则是体现行政法原理的基本规则,掌握行政法的基本原则或基本原理,有助于我们理解行政法的基本精神,所有行政法规规范都是这种基本原理的具体体现。而对于司法考试来说,案例分析,尤其是论述题,主要侧重考查的就是对基本原理的把握。因此,考生应对基本原则予以重视。

(一)合法行政原则

合法行政原则,是指行政机关行使行政权力,管理公共事务,必须有法律授权,并依据法律规定。依法行政原则是行政法上最重要的原则,现代法治国家的行政法学可以说是基于实行依法行政原则而建立起来的。

公民的活动与行政机关的活动在法律上有不同的要求。对于公民来说,凡是法律所不禁止的,即是公民可以做的,正所谓“法无禁止即自由”。行政机关的活动则不然,任何行政活动都必须要有法律根据,必须符合法律规定,正所谓“无法律即无行政”。这是因为,行政活动是行政机关运用行政权力的活动,权力即意味着对他人的强制,而强制他人不能由行政机关自己决定,应当由法律决定。专制统治与民主政治的区别即在于此。“合法行政”,即“行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行;没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”。

依法行政原则关涉到行政与法的关系,通说认为依法行政原则包括法律优位与法律保留二原则。

1. 法律优位原则。亦即消极意义的依法行政原则,是指一切行政活动都不得与法律相抵触。它并不要求行政活动具有明确的法律依据,只要行政机关不实施与法律规定不一致的行为即符合该原则的要求。法律优位原则包括两个方面的内容:

(1) 法律的效力等级高于行政立法。法律是指全国人民代表大会制定的规范性文件,根据《立法法》第79条的规定,法律的效力高于行政法规、地方性法规和规章。

(2) 一切行政活动都不得与法律相抵触。这里所说的行政活动是指行政机关为履行职务而实施的一切活动,具体包括行政机关制定具有普遍约束力的规范性文件的行政行为,以及行政机关针对特定的对象和事件作出的具体行政行为。而“法律”,是指一切具有法律效力的有关行政管理的法律规范,即一切构成行政法律渊源的法律规范,包括宪法、法律、行政法规、自治条例和单行条例、地方性法规和行政规章。一切行政活动不得与法律相抵触。

2. 法律保留原则。是指在涉及公民权利义务等事项方面,只有法律明确授权,行政机关才能实施相应的管理活动。法律优位原则仅仅要求行政活动不与法律和法规相抵触,而法律保留原则进一步要求行政活动必须具有法律明确的授权,否则即构成违法,其要求显然比法律优位原则严格,因此法律保留原则又称为积极的依法行政原则。

法律保留可以分为宪法意义上的法律保留和行政法意义上的法律保留。宪法意义上

的法律保留是指在国家法律体系内,一些重大的事项只能由国家人民代表机关以正式法律的形式规定,而不能由其他国家机关特别是行政机关代为规定。我国《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

行政法意义上的法律保留是指行政机关实施的除制定行政法规、行政规章和其他规范性文件之外的其他行政活动,主要包括以下内容:第一,任何行政职权的存在都必须基于法律的授权;第二,行政职权与行政职责统一。对行政机关来讲,行政职权同时就是行政职责,必须合法行使,不得放弃。

(二)合理行政原则

[考查频率] ☆(2008年,单选)

合理行政原则要求行使行政权力应当客观、适度,符合理性。不同于合法行政原则,合理行政原则是指在行政机关在法律规定的范围之内行使行政职权,必须做到客观、适度,符合人类理性,防止行政权力的滥用。行政合理性原则包括平等原则和比例原则。平等原则是强调行政行为的相对人应当拥有平等的行政法地位,行政机关实施行政行为时应当给予相对人平等的对待。比例原则则是强调行政机关在实施行政行为时,应当全面权衡有关的公共利益和个人利益,采取对相对人权益造成限制或损害最小的行政行为,不能超过必要的限度。

比例原则通常包含三个次要原则或子原则,即妥当性原则、必要性原则和均衡原则:(1)妥当性原则。又称适当性原则或适应性原则,是指行使自由裁量权所采取的手段必须能够实现行政目的或至少有助于行政目的的达成。它针对的是行政手段与行政目的之间的客观联系,要求实现目的的手段必须适合达成行政目的。如果行政主体所采取的手段根本不能实现行政目的,则属于违反此项原则。如对于严重超载的货车,交警只采取了罚款措施后即予以放行,这种一罚了事的手段没有达到制止超载货车所带来的危险目的,明显违反了适应性原则。(2)必要性原则。又称最小损害原则、不可替代原则或最温和之手段原则,是指在有多种能同样达成行政目的的手段可供选择时,行政主体应选择采取相对人权益损害最小的手段,即该手段对行政目的的达成是必要的。如对于轻微违反治安管理的行为人,采取警告、罚款或行政拘留等措施均能达到处罚的目的,但相比较而言,采取警告或罚款进行处罚对行为人造成的损害明显轻于行政拘留,因此,应该采取前面的两种处罚措施而不要采取后者。(3)均衡原则。又称狭义比例原则、比例性原则、相当性原则、法益相称性原则等,是指行政主体所采取的为达成行政目的所必要的手段,不能给相对人权益带来超过行政目的之价值的侵害,即行政手段对相对人权益的损害必须小于该行政目的所实现的社会公共利益,不能超过这一限度。

(三) 诚实信用原则

[考查频率] ☆(2007年,论述题)

所谓诚实信用原则,又称行政信赖保护原则,是指当公民、法人或其他组织对行政机关及其管理活动已经产生信赖利益,并且这种信赖利益因其具有正当性而应当得到保护时,行政机关不得随意变动这种行为,如果变动必须补偿相对方的信赖损失。

由于行政行为的多样性,信赖保护原则在行政法上的适用表现为不同的形态。

(1) 相互信任和忠诚。相互信任和忠诚是诚实信用原则在行政机关之间关系上的表现,是行政机关树立公民对行政的信任、保护公民对行政合法信赖的前提,因此是信赖保护原则的必要内容。首先,对一个行政机关依法作出并且生效的行政行为,其他行政机关应当承认其效力,接受其约束,除非法律有明确规定,否则不得作出与该行政行为冲突或不一致的行政行为。其次,一个行政机关作出行政行为可能会涉及其他行政机关的职权职责时,应当及时告知其他行政机关。最后,在遵守管辖权的限制和其他法律规定的情况下,一个行政机关对其他行政机关提出职务上的请求,应当尽力协助。

(2) 行政机关原则上不得制定对相对人具有溯及力的法律规范。主要表现为禁止制定对公民不利的具有溯及力的法律规范。这是法的安定性原则的要求。只有这样,才能保障人民的合法权益,维护法律规范的尊严,维护国家的公信力。当然,行政机关不得制定具有溯及力的规范性文件这一规则也存在例外情况,例如,新制定的规范性文件所追求的公共利益已经超越了信赖保护原则的要求时,行政机关可以制定具有溯及力的规范性文件。

(3) 行政机关不得随意撤销或者废止已经生效的具体行政行为。在机械地依法行政观念支配下,行政主体可以任意撤销违法的行政行为和废止合法的行政行为,而不受任何约束。以信赖保护原则为基础,对具体行政行为的撤销与废止设置一定的限制,是法的安定性的要求。信赖保护原则要求区分各种不同的行为,如合法行政行为和违法行政行为,违法行政行为又区分为授益行为、负担行为及复效行为。针对不同的行为选择不同的制度:①授益行政行为的撤销与废止。授益行政行为使行政相对人产生既得利益,倘若授益行政行为违法,行政机关可以裁量决定部分或者全部、向前或者向后撤销。但是,受益人对该行政行为的存续具有值得保护的利益时,行政机关不得撤销。《行政许可法》第8条规定,行政机关作出许可行为后,不得擅自改变已经依法生效的行政许可。行政机关依法变更或者撤回已经生效的行政许可,对由此造成的损失应给予补偿。②负担行政行为的撤销与废止。负担行政行为违法,行政机关可以随时予以撤销、废止,信赖保护原则于此场合不适用。理由是负担行为既然对人民不利,那么撤销该行为通常不会发生既得权和信赖保护的问题。因此是否撤销或废止由行政机关依据合法性原则和法的安定性原则裁量决定。③复效行政行为的撤销与废止。复效行政行为是指对一人授益而同时对另一人产生侵益效果的行政行为。关于复效行政行为如何适用信赖保护原则,可区分为两种情形:一是对相对人为授益,对第三人为负担,对此有必要在相对人的权益与第三人的权益之间权衡,如果第三人权益优越,应承认完全撤销权,即信赖保护原则不能适用;二是对相对人为负担,对第三人为授益,对此应依负担

行政行为撤销之法理解决。

(四) 正当程序原则

正当程序原则是指,行政机关实施行政管理,除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私以外,应当公开,注意听取公民、法人和其他组织的意见;要依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。

1. 公开原则。行政公开是指行政机关应主动或者根据相对人的申请公开或者使其知晓有关政务活动的情况和资料。具体而言,就是国家将法律规定的保密事项以外的政府行政事务和社会公共事务等,通过一定的形式向社会公开,使人民在了解政府事务真实情况的基础上,参与决策与管理,实施有效的监督。中国的《立法法》、《行政处罚法》、《价格法》和《行政许可法》等都对行政公开作了明确规定。行政公开的内容应当包括行政行为的依据、行政行为的过程和结果的公开。

2. 公正原则。公正原则要求行政机关应当公正地行使行政权。行政公正原则包括:(1)行政机关行使行政权力,应当平等、公正地对待相对人,不可歧视相对人。(2)在相同或相似情况下,行政权力的行使,应当体现一致性。(3)行政机关工作人员与其所处理的行政事务存在利害关系可能影响程序公正进行的,应当回避。我国行政处罚法、行政许可法等法律中都明确规定了回避制度。

3. 参与原则。参与原则是指行政机关在行使行政职权过程中,除法律规定的程序外,应当尽可能为行政相对人提供参与行政活动的机会,从而确保行政相对人实现行政程序权利,同时也可以使行政活动更加符合社会公共利益。参与原则的内容主要包括:(1)获得通知权。获得通知权是指行政相对人在符合参与行政程序的法定条件下,有要求行政主体通知其何时、以何种方式参与行政程序的权利。(2)陈述权。陈述权是行政相对人就行政活动所涉及的事实向行政主体作陈述的权利。陈述权有利于行政机关全面了解行政案件的事实真相,正确地处理行政案件,同时也是行政相对人为维护自身合法权益而向行政主体说明行政案件事实真相的需要。(3)抗辩权。抗辩权是行政相对人针对行政主体提出的不利指控,依据其掌握的事实和法律向行政主体提出反驳,旨在法律上消灭或者减轻行政主体对其提出的不利指控的权利。这是行政程序正当性的要素之一。如果没有给予抗辩的权利就限制、剥夺了行政相对人的自由权、财产权等法律权利,那么,这样的行政决定肯定是无效的。(4)申请权。申请权是行政相对人请求行政主体启动行政程序的权利。申请权表现为听证请求权、回避请求权、卷宗阅览请求权以及行政复议请求权等。

(五) 高效便民原则

高效便民原则是指行政程序中的各种行为方式、步骤、时限、顺序的设置都必须有助于确保行政效率,并在不损害行政相对人合法权益的前提下适当提高行政效率。

高效便民原则的要求是:(1)严格遵循行政程序和时限,行政机关在法定期限之内如果不行使行政职权,在法定期限届满后不得再行使,同时应承担相应的法律责任。(2)行政机关机构精简。在符合法定条件的情况下,可以由一个行政机关集中行使行政权力,可以在很大程度上提高行政效率。例如,《行政许可法》规定:经国务院批准,

省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则,可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权;行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定;行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。

(六) 权责统一原则

【考查频率】 ☆(2004年,论述题)

行政权力作为一种法律上的权力,是职权与职责的统一体。行政权力首先意味着法定职权,即因为职权而具有的可以强制他人服从的力量;但行政权力还意味着法定职责,即因为职责而具有的一种责任。职权与职责一致原则意味着行政机关不能随意处分自己的权力,只能依法行使。国务院2004年发布的《全面推进依法行政实施纲要》中,“权责统一”作为行政法基本原则之一被赋予了丰富的含义:行政机关依法履行经济、社会和文化事务管理职责,要由法律、法规赋予其相应的执法手段。行政机关违法或者不当行使职权,应当依法承担法律责任,实现权力和责任的统一。依法做到执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵权须赔偿。行政职权与一般公民的权利不同。公民权利属于私权利,可以行使,也可以自愿选择放弃;而行政职权属于国家权力,法律授予行政机关行政职权之后,行政机关必须及时、合法地行使。行政机关应当行使行政职权而不依法及时行使的,构成违反法定职责,必须承担相应的法律责任。

【难点辨析】 ◆行政法基本原则也可以理解为行政法的基本原理。基本原理在司法考试中通常很少直接出现。但随着近年论述题的出现,对基本理论的考查有所出现。论述题主要考查考生对一部门法学基本原理的把握。

◆行政法的内在逻辑是什么?与民事活动有所不同的是,对于公民来说,凡是法律所不禁止的,就是公民可以做的,正所谓“法无禁止即自由”;但对于行政活动来说,只有法律规定才能做,正所谓“无法律即无行政”,行政法上的合法行政、合理行政原则即由此而来。

◆行政法的基本法理是什么?掌握行政法的基本原则还有一个重要的角度,即公共性。作为一种公共活动,行政活动在决定着他人的活动,因此,行政活动必须要诚实守信,信赖保护原则则更是基于行政活动的公共性,至于说高效便民原则等,也是因为公民的活动在很多场合取决于行政机关的决定或批准,如果管理活动低效,则无疑是对社会生活设置障碍。

【特别提示】 行政法的基本原则是行政法的灵魂,它们贯穿于各法律规范之中,除了在一些案例之中考查外,很容易出现在第四卷的论述题中,因此,这要求考生对各原则的内涵有一个全面而深刻的认识,在表述上尤其要注意内涵的层次性。

【例】 据报道,在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后,因法律、法规、规章的修改、废止,或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化,为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用